

CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN LA TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI *

Geminello Preterossi

Universidad de Salerno

RESUMEN. Centrándose en la reflexión que acerca de las relaciones entre Derecho y poder hace FERRAJOLI en *Principia iuris*, el autor subraya los grandes méritos en los que encontramos también, nos advierte, los grandes riesgos del planteamiento de FERRAJOLI cuando pretende superar la dicotomía racionalidad formal/racionalidad sustantiva a partir de la noción de validez reforzada, y entender de determinada forma las relaciones entre Derecho y poder en el seno de la democracia constitucional. En opinión de PRETEROSI, la tensión entre racionalidad y voluntad siempre va a estar presente en cualquier sociedad real, incluso en cualquier Derecho, independientemente de sus relaciones con la política (la politicidad es interna al Derecho y el acto constituyente tiene la doble faz de hecho y de Derecho). La teoría del Derecho debe evitar, pues, caer en representaciones que disfracen u oculten esa tensión.

Palabras clave: racionalidad formal y sustantiva, validez y fuerza, juridización del poder, democracia constitucional.

ABSTRACT. PRETEROSI advances what in his opinion are both the main merits and the main risks too of the thesis on the relations between law and power as sustained by FERRAJOLI in *Principia iuris*. Specifically, the attempt to deconstruct and overcome the traditional dichotomy formal rationality/substantive rationality with a complex notion of validity and the understanding of the relations between law and power in our constitutional democracies are considered to be the most powerful though slippery points of the theory. In PRETEROSI's opinion, the tension between rationality and will should always and unavoidably be present at the very core of any society, far more, at the very core of law, whatever its relations with politics might be (politics is internal to law and the constituent act is both factual and normative). Consequently, legal theory must be prevented against falling into any sort of disguising or concealing reconstruction of that unavoidable tension.

Keywords: formal and substantive rationality, validity and force, juridification of politics, constitutional democracy.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

Parto de dos premisas que son, al tiempo, una suerte de doble reconocimiento. Comparto abiertamente la afirmación de fondo hecha en el extraordinario trabajo —que logra ubicarse fuera de lo ordinario y que en tantos aspectos se sitúa fuera del actual ambiente cultural— escrito de manera perseverante por L. FERRAJOLI bajo el título de *Principia iuris* según la cual la respuesta a la crisis de la razón jurídica (moderna) no consiste en liquidarla sino en tratar de defenderla y de reconstruirla. Comparto además la aceptación por parte de FERRAJOLI de una idea más compleja, tal vez menos cómoda, pero ciertamente más rica para la teoría del Derecho¹:

«El horizonte del jurista no es el de un simple espectador. Formamos parte del universo que describimos y contribuimos a producirlo con nuestras propias teorías. Esta dimensión pragmática de la ciencia jurídica contradice claramente todas y cada una de sus propias concepciones puras y estrictamente descriptivas. Pero ésta, al estar inscrita en la estructura misma del paradigma constitucional, no puede ser ignorada sin con ello comprometer, junto al papel civil y político de la ciencia jurídica, su importancia empírica y su capacidad explicativa»².

En particular, más allá de las repetidas y tradicionales advertencias acerca de la distinción entre Filosofía de la Justicia y la Teoría de la normatividad iuspositivista, FERRAJOLI subraya (conquista esta al tiempo verdadera y propia dentro de lo que es un trabajo con base «analítica») que la democracia contemporánea, de hecho, implica o exige asumir una perspectiva filosófico-política.

Esa parcial «impureza» de la teoría «pura»³, o bien, el hecho de que la conexión mencionada exceda su intrínseca «forma» normativa, es independiente de la cuestión de su rigor metodológico. La convicción de FERRAJOLI es que cuanto más logre la teoría de la normatividad jurídica eliminar, gracias al refinamiento «lógico», los paralogismos, las incoherencias, los componentes elípticos, tanto más se evidenciará su función prescriptiva y se revelará todo su potencial «cívico». Esta conexión *post* tradicional entre forma y sustancia, *logos* y *polis*, produce lo que puede verse como una aparente paradoja de la metateoría del Derecho:

«...no a pesar de, sino precisamente porque es lógicamente coherente y avalorativa en su desenvolvimiento, desempeña un papel normativo... y no puramente descriptivo en relación con su objeto. Por otra parte, no a pesar de, sino precisamente porque es normativa en tal sentido, ésta se encuentra en disposición de describir y explicar, como por lo demás no podría hacer ninguna teoría que se pretendiera puramente descriptiva, la estructura normativa de las actuales democracias constitucionales. En fin, no a pesar de, sino precisamente gracias a que es una disciplina formalizada, permite dar cuenta, por un lado de la dimensión sustancial y de la dimensión formal impuesta por el Derecho al paradigma de la democracia constitucional; por otro lado, de la inevitable discrepancia interna al propio Derecho positivo entre su modelo normativo y su concreta efectividad»⁴.

El planteamiento de FERRAJOLI presupone asumir la tesis según la cual toda teoría del Derecho —incluida la Teoría pura de Kelsen (esto es evidente en la conclusión al

¹ FERRAJOLI habla de un «modelo integrado de ciencia jurídica»: cfr. L. FERRAJOLI, 2007: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1: *Teoria del diritto*, Roma-Bari: Laterza, pp. 39 y ss.

² *Ibidem*, p. 38.

³ FERRAJOLI defiende una noción de pureza de la teoría en el sentido de su «formalidad», pero no en el sentido de que sea «puramente descriptiva».

⁴ *Ibidem*.

Problema de la soberanía)⁵— en cuanto que convencional y artificial, o sea, basada en asunciones y decisiones, es pragmática y valorativa, y termina desempeñando —quíralo o no— un papel performativo⁶.

En estas breves notas críticas, abordaré algunas cuestiones problemáticas, inevitablemente parciales, respecto a la complejidad de la reconstrucción sistemática de la normatividad jurídica desarrollada por FERRAJOLI; en mi opinión, se trata de cuestiones no sólo centrales, sino también reveladoras de «puntos teóricos centrales» que señalan aporías elocuentes, a veces productivas y otras sintomáticas. El *leitmotiv* de mis observaciones será aquello que representa la verdadera *crux* de toda teoría del Derecho, como justamente reconocía BOBBIO: la relación (biunívoca) entre Derecho y poder.

El Estado de Derecho en sentido «estricto» o «fuerte», sostiene FERRAJOLI, es el Estado constitucional de Derecho (que es diferente del «legislativo», fruto de la revolución jurídica moderna, con la cual se afirmaba la primacía de la ley).

El Estado constitucional de Derecho se caracteriza por afirmar un Derecho sobre el Derecho; es decir, implica la progresiva positivización de los límites y los vínculos jurídicos del poder, sea público o privado, sea interno o internacional, sea ejecutivo o legislativo. Estamos, entonces, frente a una expansión tendencialmente ilimitada del ámbito de dominio del Derecho. Esto es posible en la medida en que el Derecho (moderno) se proyecta a sí mismo y se vincula a su propio «deber ser». Por tanto, el principio que funda el Estado constitucional de Derecho ya no es solamente la máxima positivista de origen hobbesiano *Auctoritas, non Veritas facit legem*, sino también la «coherencia», o bien una *Veritas* «lógico-deóntica» que tiende a asegurar la compatibilidad de contenidos axiológicos. Las distinciones entre sustancia y forma, y entre autoridad y verdad, resultarían así «superadas»⁷. Esto no significa, obviamente, el regreso a una concepción sustancialista premoderna del Derecho puesto que desde un punto de vista metodológico se rechazan tanto el cognoscitivismo ético como el artificialismo jurídico. Sin embargo, el lado formal de la validez se mantiene, podemos decir que de algún modo, «exceptuado» (el uso de la noción de «superación» es objetivamente significativo) ya que está fuertemente «integrado» por una validez reforzada por «principios» (en cuanto que «puestos» y no deducidos de la naturaleza o garantizados por Dios, es decir custodiados por un *auctoritas* religiosa o ética).

Tal «supervalidez» parece relativizar la oposición Derecho positivo-Derecho natural sobre la cual se ha construido el paradigma jurídico moderno (en el sentido de que también el Derecho natural moderno, de marcada impronta individualista y racionalista, sirve, como una paradoja necesaria, para prescribir y justificar argumentativamente el artificio, el destierro de la lógica del Derecho natural, potencialmente «advertido» porque con facilidad sale del campo de la «etización» del orden y va más allá del fin mínimo de la pacificación y de la garantía de la supervivencia).

Ahora bien, la cuestión es que el Estado *constitucional* de Derecho es tal precisamente porque no se contenta con esa estrategia deflacionista, sino que excediendo al

⁵ Cfr. H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, ed. it. al cuidado de A. Carrino, Milano: Giuffrè, pp. 461 y ss.

⁶ L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, vol. 1, cit., pp. 32 y ss.

⁷ *Ibidem*, p. 487.

Estado (de Derecho) simple, acaba por implicar una potente inserción de contenido, mediante una vía «formal», lo cual, objetivamente, trae aparejado un problema. Esto no significa, obviamente, que sea deseable o, siquiera, sólo posible, «regresar atrás». Pero es cierto que en tal dinámica se esconde un núcleo de contradicción. Si el Derecho, en esta segunda revolución, se convierte a sí mismo en norma, ¿no se expone al riesgo de mutarse constitutivamente, o sea, a transformar el propio estatuto «moderno» heredado de la primera revolución (la distinción Derecho-moral y la neutralización del potencial fundamentalista y prolegómeno de la axiología)?

La superación de la que habla FERRAJOLI ¿acaso no implica el riesgo de no ser tal, de conservar problemas que se creían superados, de contribuir a alimentar polisemias ético-jurídicas y «poderes indirectos», de favorecer el retorno —obviamente más allá de toda intención y con un paradójico retroceso— de fantasmas «sustancialistas» que persiguen relegitimar la intención de fundamentar definitivamente el Derecho sobre una inmediatez indisponible (por ejemplo, una «naturaleza» como refugio ético del ser humano), o a usar polémicamente los derechos humanos como clave identitaria? Tal proceso, que se desarrolla del todo de forma independiente de la finalidad y de las premisas culturales «laico-racionalistas» de la teoría, ¿no se aparta, con su ambivalencia simbólica y sus desacuerdos ético-normativos, cada vez más de la trama «lógica» de la teoría misma? En resumen, ¿acaso no sucede que con el intento de enriquecer el artificio —que también, al fin y al cabo se corresponde con necesidades surgidas en el seno de la sociedad moderna—, pero sobre todo al perseguir la idea hiperiluminista de una legitimación completa y definitiva de los ordenamientos constitucionales contemporáneos, de los cuales la teoría del Derecho sea una transcripción lógica y sello de «clausura», se corre el riesgo de alimentar o bien la ilusión o bien los proyectos ideológicos que pasan por apartarse de las implicaciones ineludibles del artificio, a saber su destino de provisoriedad, relativa imprevisibilidad, apertura pluralista y conflictual?

En fin, ¿no se corre el riesgo de no advertir (u omitir) la insuficiencia del Derecho, algo que representa, sin embargo, no sólo un dato de hecho, sino también probablemente una *conditio sine qua non*, un elemento calificativo intrínseco a cualquier juridicidad *post* sustancial (también «constitucional») convirtiéndose incluso en factor de autoconocimiento crítico, es decir en un recurso?

FERRAJOLI tiene el gran mérito de que en su teoría de la validez distingue entre validez y fuerza, además de que pone en el centro de la discusión el tema del Derecho inválido o ilegítimo (aunque existente) y de que desmistifica la presunción de legitimidad que el formalismo jurídico asigna al ordenamiento monolíticamente entendido en cuanto «positivo» y dotado de autoridad. Es decir, separa Derecho y poder, intentando inmunizar a la ciencia jurídica del riesgo en el que históricamente ha incurrido al tener que ceder y transformarse muchas veces en una poderosa máquina ideológica —tanto más poderosa cuanto más «abstracta»— al servicio de la fuerza victoriosa.

Sin embargo, ¿estamos seguros de que el Derecho (moderno), en cuanto saber autonormativo, sea, desde el punto de vista de su «deber ser», totalmente coherente y racional y que sólo sea el poder (del cual también necesita) el que lo haga «espurio»? Quizá la génesis del Derecho moderno es intrínsecamente política, espuria, como muestra el paradigma hobbesiano, por lo demás no fácilmente removible si se quiere mantener precisamente el artificialismo, la laicidad, la distinción entre Derecho y moral, etc. En

fin, a nosotros nos parece problemático un esquema según el cual el Derecho moderno surja, como Minerva de la cabeza de Júpiter, «armado» con su autonomía, y que tal impureza provenga solamente de fuera, de su conexión (también reconocida como inevitable) con la «política del Derecho» (en la que la teoría del Derecho, además, termina por participar, pero sólo cuando le «sirve», esto es, al explicar la coherencia lógica de la normatividad jurídica, reclamando así la adecuación de los sistemas jurídicos a su propio *logos*). Es más admisible que subsista un nexo originario y recíproco, precondicionante del ordenamiento en su conjunto, entre soberanía (o si se quiere, más en general, «fuerza institutiva») y Derecho público moderno⁸. La *auktoritas* originaria es una presuposición dotada de eficacia que no opera ni sobre la base de normas formales autorizadas, ni sobre la base de una *veritas* presupuesta. Para esto la *auktoritas* originaria debe ficticiamente presuponer —y sobre tal base implementar— la supremacía indisponible, en cuanto que estratégico-racional, de lo que debe realizar: a saber, la pacificación y el intercambio político protección-obediencia como única fuente de legitimación elemental, mínima y alejada de la disputa iusnaturalista, religiosa, etc., de un poder, en última instancia, funcional a un ordenamiento «sin sustancia». Así, hay también un «deber ser» del poder (moderno), tal es el del *orden de la supervivencia*.

¿La normatividad lógica del Derecho moderno plenamente desarrollado y «constitucionalizado» puede prescindir de aquel «deber ser» mínimo y algo escabroso? ¿Tal núcleo «normativo» ínsito en la cuestión del orden, unido a su función de presupuesto necesario (pero «sin fundamento»), no lleva acaso la «politicidad» al *interior* de la juridicidad y de la teoría normativa (no sólo en el sentido de que ésta puede tener efectos político-culturales, sino también en el sentido de que ella misma debe previamente rendir cuentas sobre cuestiones de «efectividad», lógicamente no neutralizables, especialmente sustraídas a su disponibilidad y cuya resolución ha de preceder tanto a la producción de un sistema de reglas como a su reconocimiento lógico)? Aquí tenemos una discrepancia de fondo con FERRAJOLI: éste piensa que el discurso acerca del «Estado de excepción» (en cuanto cuestión explicativa de la relación Derecho-política en condiciones «no normales») se agota en el reconocimiento mismo de su «prohibición» (si bien esto es verdadero, lo es desde el punto de vista interno del ordenamiento vigente, y no desde el punto de vista genealógico, «constituyente», o desde el de una teoría del Derecho que no se separe de la «política» salvo que lo presuponga oculta o inconscientemente, es decir, de una teoría que tematice también las crisis internas a lo jurídico y a su «no autosuficiencia»). Mientras que, en mi opinión, el «Estado de excepción» no es sólo el desafío concreto de la efectividad, algo siempre posible para cada orden específico, sino que es también, en un sentido más general, el reflejo de la inevitable im-

⁸ Un nexo que no agota lo «jurídico», sobre todo en sus sucesivas «complicaciones», pero prescindiendo del cual el Derecho «artificial», «*post sustancial*» no es conceptualizable. Sobre este «nodo» («nudo») histórico y doctrinal existe ya una vasta literatura. Me limitaré a citar: C. SCHMITT, 1991: *Il nomos della Terra*, ed. italiana de F. VOLPI y E. CASTRUCCI, Milano: Adelphi; ID., 1986: *Scritti su Thomas Hobbes*, ed. italiana de C. GALLI, Milano: Giuffrè; E.-W. BÖCKENFÖRDE, 2007: *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unità*, de G. PRETEROSSO, Roma-Bari: Laterza; M. STOLLEIS, 1998: *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna*, ed. italiana de G. BORRELLI, Bologna: Il Mulino; R. SCHNUR, 1979: *Individualismo e assolutismo*, trad. italiana de E. CASTRUCCI, Milano: Giuffrè; N. MATTEUCCI, 1997: *Lo Stato moderno*, Bologna: Il Mulino; W. REINHARD, 2001: *Storia del potere politico in Europa*, trad. italiana de C. CAIANO, Bologna: Il Mulino; P. COSTA, 1999-2001: *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari: Laterza, vols. I-IV; M. FIORAVANTI, 2001: *La scienza del diritto pubblico*, Milano: Giuffrè, ts. I y II.

pureza de la teoría del Derecho, incluso de aquella que coherente y adecuadamente toma en serio la tarea de la racionalización del poder, tal y como, de forma admirable, hace FERRAJOLI. Apartar este problema que es, precisamente, el mayor de los que enfrenta una concepción normativista y limitarse a sostener razones de regularidad significa correr el riesgo de perderse, autolesionarse y resultar, además, aporético desde un punto de vista teórico, porque dicha regularidad no se rige por sí sola, no está completamente inmunizada. En concreto, no basta con decir que el «Estado de excepción» es un «ilícito» para eliminar el gravamen al que está sujeto el Derecho.

Una vez hecha esta advertencia, podemos decir que FERRAJOLI hace una contribución fundamental al arrojar claridad lógica sobre la naturaleza del *acto constituyente*: se trata de un acto informal pero prescriptivo, es decir, tiene una naturaleza ambivalente, entre hecho y Derecho⁹. Una calificación que viene determinada por su localización en el vértice del sistema: el acto constituyente es normativo si se mira «desde abajo», desde el interior del ordenamiento por él constituido; es extrajurídico —o incluso antijurídico— si se considera desde el exterior (es decir, desde el punto de vista del ordenamiento alterado o sustituido). Esto significa que la legitimación del acto y del poder constituyente consiste fundamentalmente, creo que podríamos sostener siguiendo a FERRAJOLI, en una forma de «autorreconocimiento» (tanto como autopercepción de la legitimidad y de la posición de un plusvalor político válido *erga omnes*, que pretende obediencia generalizada, como en cuanto respuesta colectiva respecto a tal pretensión). Ésta tiene además un carácter retrospectivo (esto es, interviene sobre la base del efecto, que viene entendido y calificado como un modo de «cobrar existencia», hacerse verdadera la situación constituyente). Ahora la cuestión es que, concluida (y adquirida) tal genealogía del orden, el término soberanía puede no figurar en la teoría del Estado constitucional de Derecho de FERRAJOLI, aun cuando ésta postula, de hecho, que se llevará a cabo el ejercicio de la soberanía. ¿Pero estamos seguros de que verdaderamente termina aquí la posibilidad y el «problema» de la soberanía (ese desafío que tanto la soberanía como el poder constituyente —otro nombre *post* revolucionario para referirse a la soberanía— expresan, canalizan y «resuelven» aun con una pretensión de duración que resta un cierto grado de provisoriedad)?

Éstos son aspectos ligados a la construcción de la obediencia, a los procesos de identificación simbólica en el poder, al surgimiento de instancias conflictuales que exigen integración y a la reproducción de las condiciones socio-normativas de una cultura «constitucional» compartida que condicionan el orden jurídico no solamente en su «fundación» sino también en lo sucesivo y de los cuales la teoría del Derecho no puede permitirse prescindir sin correr el riesgo de volverse autorreferencial.

En lo que se refiere a la relación entre *Principia iuris* y la tradición jurídico-política en la cual la obra se inscribe, no puede dejar de subrayarse cómo la primera se ubica mucho «más allá de Kelsen». No sólo en lo que se refiere a la cuestión de la guerra, la concepción del papel de la sanción, los derechos subjetivos, sino también respecto de la distinción entre validez y existencia de las normas (identificada, esta última, con la vigencia de las mismas) en nombre de una suerte de «validez reforzada». Estos son tres puntos de disenso decisivo, que abren al debate los fundamentos de la teoría gene-

⁹ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, nota 1, pp. 856 y ss.

ral kelseniana; sobre todo la tesis según la cual el Derecho positivo sólo puede ser dinámico y aquella según la cual un ordenamiento normativo jerárquico únicamente puede ser dinámico. A partir de la crítica a tales aspectos, FERRAJOLI consigue liberarse también de uno de los puntos más problemáticos de la teoría pura del Derecho (cuya aporía es fruto de la obstinada coherencia «iuspositivista» de KELSEN). En *Principia iuris*, la norma fundamental, en cuanto norma «no originaria», simplemente no existe; ella se disuelve en la Constitución, en su núcleo indisponible¹⁰. Tal «revisión» innovadora de KELSEN conduce a la recuperación de la nomoestática, pero no en el tradicional sentido iusnaturalista. Hablar de un Derecho positivo no dinámico, reconoce FERRAJOLI, sería sostener una contradicción en los términos, pero a la luz de la transformación (de algún modo, el «lógico» cumplimiento de un destino teórico) del Estado de Derecho en Estado constitucional de Derecho es inconcebible un ordenamiento que no sea también estático¹¹. También aquí podemos encontrar toda una serie de interrogantes fruto, en gran medida, del coraje de FERRAJOLI por no esquivar «puntos centrales» que ya KELSEN sabía que amenazaban al formalismo de la teoría normativista.

Antes que nada, hay que preguntarse si esta teoría lógico-deóntica —a la cual corresponden procesos histórico-institucionales reales que, al tiempo que los presupone, la misma contribuye a construir— acaso no es también una «filosofía de la historia». Además, es necesario reconocer que no es irrelevante, *también desde un punto de vista teórico* (y no sólo histórico-político o práctico-fáctico), el que en las Constituciones rígidas posteriores a la II Guerra Mundial fueron *positivizados* dichos contenidos. Entonces, el punto de apoyo de toda la construcción teórica de FERRAJOLI (pero en general de toda formalización del Estado constitucional de Derecho), aquello que la hace posible, es la relación entre la teoría formal y la racionalización iuspolítica moderna, que se revela así esencial. De hecho, la teoría vale para el Derecho positivo moderno y, en particular, para la democracia constitucional. Así llegaremos, y ello en virtud de un complejo proceso histórico-cultural resultado de una prueba y coherencia teórica, a la constatación de la posible (e incluso necesaria) convivencia y unión de racionalidad formal y sustancial¹². Por todos estos aspectos, la reflexión de FERRAJOLI se coloca por todos estos aspectos «más allá de WEBER».

¿Debemos entonces concluir que, paradójicamente, aquello que FERRAJOLI considera como el pleno cumplimiento del artificialismo moderno, del despliegue de la herencia laica y del iluminismo jurídico, debería conducir a la relativización de la *Wertneutralität* y a la conjugación aconflictual de la ética de la responsabilidad y de la ética de la convicción? ¿No debería esto activar alguna señal de alarma que indique el riesgo de una suerte de *regreso a la ética* en esta racionalización jurídica ilimitada, en cuanto formal y sustancial al mismo tiempo?

Otro «punto central» que propone la postura de FERRAJOLI es el relativo a la relación —que puede ser también de tensión recíproca— entre normatividad del Estado constitucional de Derecho y democracia. ¿Si lo «que [se ha de] decidir» ha sido ya decidido (es decir, si está prohibido o es obligatorio decidirlo), el «quién» y el «cómo» no

¹⁰ *Ibidem*, pp. 854 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 571.

¹² *Ibidem*.

pierden acaso relevancia? ¿y no la pierde también la democracia política, que no es un hecho formal (la ejecución automática e institucional correcta de un «deber ser» ya dado), sino la expresión y organización del consenso, de la participación, de la movilización ideal, de la selección de intereses y de los principios de fuerte valor simbólico, de los conflictos y de las nuevas integraciones? FERRAJOLI sabe perfectamente que esta esfera existe y que cuenta muchísimo. Es el ámbito de aquella normatividad sociocultural que se expresa en «sentido cívico» y que encuentra en la esfera pública democrática su propia proyección:

«...la efectividad del Derecho y las razones jurídicas de la acción dependen del hecho de que el propio Derecho es un universo simbólico compartido socialmente: refleja y al mismo tiempo produce sentido común y valores comunes. Ésta es la dimensión principal de la normatividad, así como de la efectividad, relevante sobre todo en lo que respecta a los principios máximos: los derechos fundamentales y sus garantías, el principio de igualdad, el valor de la paz y las reglas de la democracia en tanto que son seriamente normativas, más que efectivas, en la medida en que son socialmente compartidas, es decir, en que se apoyan en aquello que llamamos “sentido cívico”»¹³.

Pero esta esfera «prejurídica» ¿no es llamada en forma excesiva a ser sólo soporte de la razón «jurídica» y, particularmente, de un modelo de juridicidad integral, a saber, de la democracia constitucional? ¿No es paradójico que de manera circular se invoque a la ciencia del Derecho en su función «crítica» y «proyectiva», de hecho performativa, para reforzar el sentido cívico (que debería alimentar los recursos de legitimación de la democracia constitucional)? ¿La ciencia del Derecho no debe acaso reconocer su propio límite? El Derecho, dice FERRAJOLI, refleja y produce sentido común; estoy completamente de acuerdo, pero bajo la condición de que no tenga la ilusión de producir en forma exclusiva o prioritaria aquello que, en realidad, se limita a reflejar o, incluso peor, *crea* reflejar. Para evitar que esta ilusión óptica se expanda, para hacer que el Derecho desarrolle su decisiva y necesaria labor de «freno», a fin de evitar el decaimiento del estándar «constitucional» y «ordenante» así sea mínimo, probablemente sea necesario razonar a partir de una perspectiva deflacionista y también autocrítica de la ciencia del Derecho.

El Estado constitucional de Derecho representa, como muestra FERRAJOLI, un modelo de minimización del poder (y de fundación de la legitimación)¹⁴. Esto, sin duda, es cierto, pero en mi opinión, es necesario recordar siempre el carácter «ideal» de este modelo, entendiéndolo fundamentalmente como el valor de un «anticuerpo», como un instrumento al cual apelar (por ejemplo a un juez en Berlín...), como un vínculo jamás cumplido y en cualquier modo incumplible, y no entenderlo como una fórmula capaz de absorber y monopolizar definitivamente la «política». Por ejemplo, los vínculos «sustanciales» previstos por el Estado constitucional de Derecho ¿no serán más eficaces si se entienden en sentido más bien reduccionista, como listón del cual no se puede descender, más que como indicaciones de un proyecto de «máximas» que hayan de ser valoradas (más o menos) políticamente?

Si consideramos el caso hipotético (no académico, desafortunadamente...) de un ordenamiento democrático-constitucional que reconoce como fundamentales los dere-

¹³ *Ibidem*, pp. 704 y 705.

¹⁴ *Ibidem*, p. 594.

chos sociales y en el que la mayoría política aprobara normas que cancelaran la asistencia sanitaria o la instrucción pública —abriendo la posibilidad de que la instrucción dependa del mercado y de la disponibilidad económica privada—, sería en este caso más razonable, sino es que obvio, hablar de un problema de superación de los límites, de opciones no ponderables. En cambio, si lo que sucediera fuera que la mayoría aprobara una legislación que destinara también en forma significativa menos recursos a la política social, pero sin llegar a abolir del todo la asistencia sanitaria y la instrucción pública, limitándose a reducirlas significativamente, ¿para el Estado constitucional de Derecho *iuxta propria principia*, serían estas normas objeto de una prohibición o contravendrían una obligación de cumplimiento, como el modelo propuesto por FERRAJOLI parece sugerir? ¿No sería posible comprenderlo más bien como «legítimo» objeto de disputa y de opción democrática (que ha de ser contrastada, entonces, mediante una «política del Derecho» o una acción socio-cultural)? ¿Se podría pensar en reconstruir valoraciones y distinciones de este género —que inevitablemente aumentan el espacio de la interpretación jurídica, sobre todo constitucional— a una suerte de rígida inexorabilidad lógico-deóntica, o bien adscribir completamente la normatividad-*proyectividad* del Derecho, con todos sus límites reales y condicionamientos, al reino de la necesidad racional? ¿No se corre el riesgo de restringir fuertemente el espacio del *quid novi* (tan importante en una concepción artificialista, positivista y diría «laica» del Derecho) delineando un sistema semideterminista de la razón jurídica?

El drama de la «globalización» económica actual es que naturaliza la ideología de la impoliticidad y pretende vincular la agenda política (mundial o doméstica) a decisiones preconstituidas y mecánicas, volviendo absolutos los automatismos económicos. Por esto, sostengo que el constitucionalismo de los derechos no puede permitirse atar demasiado la política (democrática), ya esterilizada. Más bien debe convertirse siempre en un factor más dinámico y agonístico en el discurso público, aunque se corran riesgos. Ya sea porque a causa del dominio del hipercapitalismo occidental el vínculo jurídico está destinado a ceder, ya sea porque, de igual forma, la «mediación jurídica» para relegitimarse y adquirir fuerza respecto a los «poderes salvajes» debe regresar y apoyarse en procesos políticos y movimientos culturales reales, que explican flujos de legitimación «desde abajo»; es decir, debe aceptar ser atravesada por las relaciones de poder y asimetrías, por nuevas subjetividades y hegemonías. La ciencia del Derecho público es llamada a encontrar hoy un difícil equilibrio entre la función de garantía (imprescindible) y la «apertura» de los sistemas jurídicos, la «indecidibilidad» y la innovación política.

FERRAJOLI piensa que el Derecho «protege». Personalmente me contentaría con que enfrentara el desafío de la política, para lo cual es llamado constantemente, y con que lo asimilara y se comprometiera con éste. Y que la tarea de llevar hacia delante la lucha por el Derecho (y los derechos) fuera conducida, más allá de la cultura jurídica, también por una política democrática no neutralizada definitivamente. Entendámonos, los riesgos son inherentes a la siempre potencial y naciente desregulación del poder, en esto estoy totalmente de acuerdo con FERRAJOLI.

Aún más, sostengo que la ciencia del Derecho haría bien en no olvidarse de la lección de CANETTI: el poder en sí, en su más íntima esencia, es siempre poder «homicida», es decir en última instancia se coloca sobre el límite vida/muerte, disponiendo de

éstas. Pero creo que el poder es también, trágicamente, un «destino» para el Derecho con el que no puede evitar enfrentarse.

Tal vez no se trate de que, si bien utilizando un método diverso, el trabajo de L. FERRAJOLI persiga el mismo fin que HABERMAS en *Faktizität und Geltung*, a saber, la superación jurídica del opaco núcleo decisionista de la política, de su «violenta naturalidad». Se trata, de hecho, de las dos teorías contemporáneas que del modo más sistemático y coherente buscan conjugar estructuralmente Derecho y democracia. Al hacer esto proporcionan indudablemente un arsenal de criterios normativos, una suerte de modelo ideal-crítico frente a los difusos procesos de desconstitucionalización. Pero al anticiparse a una realidad siempre más refractaria, tal aproximación neoiluminista, que personalmente juzgo se puede compartir ampliamente en términos ético-políticos, ¿no corre el riesgo de ser la expresión de una auto-narración incompleta de la modernidad, que produce una confianza excesiva en la posibilidad —y razonabilidad— de una juridización integral de la política?

(Traducción de Edith Cuautle)